MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

www.rg.mpg.de

Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

No. 2018-06 • http://ssrn.com/abstract=3199775

Francisco Cuena Boy

Presunciones (DCH)

Published under Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

creative commons

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3199775

Presunciones (DCH)*

Francisco Cuena Boy**

1. Introducción

De un modo muy general, la presunción se puede caracterizar como un tipo de razonamiento lógico dirigido a establecer la existencia de un hecho dudoso y controvertido deduciéndola de otro u otros hechos ciertos y conocidos por la relación que guarda usualmente con ellos; el conocimiento que resulta de ella no es seguro sino sólo verosímil, y tampoco es definitivo puesto que se desvanece ante la verdad. En el derecho canónico, con total claridad desde las Decretales de Gregorio IX, la regulación de las presunciones las configura como una institución bien caracterizada y en estrecha relación con la regulación de la prueba y los medios de prueba, lo que subraya su naturaleza procesal.[1]

El recurso a presunciones para probar hechos dudosos, es decir, para producir el grado de certeza suficiente en relación con hechos que no se pueden averiguar de forma directa, viene avalado por el célebre juicio de Salomón: el rey, teniendo que decidir un pleito entre dos mujeres, el hijo de una de las cuales había muerto, supo averiguar quién era la verdadera madre del niño vivo basándose en la violenta presunción del amor maternal hacia los hijos.[2] Significativamente, el suceso se convierte en el segundo canon del título *De praesumptionibus* de las Decretales y también es recordado en la ley de Partidas que explica "quantas maneras son de prueva" para autorizar con tan ilustre precedente esa "otra natura de provar, a que llaman presumpcion".[3]

En estas páginas trataremos de exponer una síntesis del tema conforme al esquema siguiente: el desarrollo histórico de la materia de las presunciones desde el derecho romano hasta su sistematización definitiva en los grandes manuales de derecho canónico de comienzos del siglo XVIII; la noción técnica de presunción y sus elementos, insistiendo en la deli-

---

* Este artículo forma parte del Diccionario Histórico de Derecho Canónico en Hispanoamérica y Filipinas (S. XVI-XVIII) que prepara el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, cuyos adelantos se pueden ver en la página Web: https://dch.hypotheses.org.

** Universidad de Cantabria.

1 Scavo Lombardo (1986), pág. 317; Pedrelli (2002), pág. 715.

2 1 Reyes 3, 16-28.

3 X.2.23.2, Las Siete Partidas, Partida III, Título 14 De las prueuas, e de las sospechasa que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dudosas, Ley 8 Quantas maneras son de prueua.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3199775

mitación frente a la *fictio iuris* y frente a otras manifestaciones del razonamiento presuntivo; las clases de presunciones, el valor probatorio de cada una y su relación con la carga de la prueba; y una referencia al amplio conjunto de reglas prácticas, construidas principalmente por la doctrina, acerca del uso de las presunciones. Los dos apartados finales comprenderán un repaso del uso de las presunciones y el razonamiento presuntivo en Indias y un escueto balance bibliográfico.

2. Desarrollo histórico

Al margen de sus raíces en el ámbito de la retórica greco-romana –en relación con la distinción propuesta por Aristóteles entre *πίστεις ἄτεχνοι* y *πίστεις ἔντεχνοι* (*probationes inartificales* y *artificiales* en la terminología de Quintiliano)–, y dado, por otra parte, que su utilización en el derecho romano clásico no resulta pacífica,[4] el origen de las presunciones en sentido técnico-jurídico se puede situar en el derecho romano postclásico en conexión con la regulación de la carga de la prueba; será entonces cuando algunas reglas que para los clásicos eran de carácter meramente interpretativo y de derecho material se conviertan en auténticas presunciones legales relacionadas con la distribución de la carga de la prueba y ubicadas, por tanto, en el ámbito procesal. Con todo, más allá de este vínculo tardío con el sistema de la prueba legal o tasada, confirmado por el título 22.3 *De probationibus et praesumptionibus* del Digesto, el derecho romano justinianeo no llegó a elaborar una teoría general acerca de las presunciones, habiéndole faltado un concepto unitario basado en la identidad de naturaleza de todas ellas y una clara clasificación; así, por ejemplo, sólo los glosadores empiezan a hablar de *praesumptio iuris* y a distinguir dentro de ella entre *praesumptio iuris tantum* y *praesumptio iuris et de iure*, idea, la de esta última, ajena por lo demás a las fuentes romanas. Por otra parte, aunque la rúbrica del título 22.3 del Digesto sugiere que la presunción se concebía como una especie del género prueba, lo cierto es que en las fuentes justinianeas el significado técnico predominante de *praesumere* es el de "admitir sin necesidad de prueba", lo que parece traslucir un concepto de *praesumptio* que la considera a modo de un "subrogado o sustituto de la prueba".[5]

La formulación de una teoría general sobre las presunciones se debe básicamente al derecho canónico histórico. No tanto, sin embargo, a la legislación –que se limita a incorporar

[4] Con la casi sola excepción de la *praesumptio Muciana*, según la cual, los bienes de la mujer casada cuyo origen no puede probarse de otra manera se deben considerar procedentes *a viro aut qui in potestate eius esset*: Dig. 24.1.51, Cod. Iust. 5.16.6.1; vid. Scacchetti (2002), pág. 347.

[5] Sobre las presunciones en el derecho romano, vid. Motzenbäcker (1958), págs. 3-44; Labandeira (1967), págs. 23-29; Reggi (1986), págs. 255-260: Kaser-Hackl (1996), págs. 598-599; Sánchez-Gil (2006), págs. 11-27; Hubert (2009), págs. 14-27: retórica, 27-38: derecho. La concepción de las presunciones como subrogado de la prueba deriva del principio retórico *plus valent argumenta quam testes*: Rosoni (1995), pág. 219.

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=3199775

las presunciones del *Corpus Iuris Civilis*, añadiendo otras análogas– cuanto a la doctrina de la parte final de la Edad Media y de la Edad Moderna, o sea, a los decretistas, los decretalistas y los manualistas; todo ello sin olvidar las aportaciones de los legistas, fruto de la influencia recíproca entre el derecho civil y el derecho canónico que caracteriza a toda esta época.[6]

En líneas muy generales, la evolución aludida fue como sigue: en el *Decretum Gratiani praesumptio* y *suspicio* son conceptos aún no jurídicos que se utilizan en oposición al de prueba, aunque los decretistas (Stephan de Tournai, Hugucio) empiezan ya a distinguir entre *praesumptio hominis* (o *facti*) y *praesumptio iuris* y a clasificar las presunciones por su fuerza probatoria.[7] En las Decretales no hay todavía una doctrina general sobre la presunción, pero la figura es recibida dentro del sistema probatorio mediante la inserción de un título específico *De praesumptionibus*, el 23 del libro segundo;[8] en el *Liber Sextus* las presunciones tienen el valor de *probatio semiplena*, una consideración que se extiende a las pocas reglas del apéndice *De regulis iuris* directamente relacionadas con la materia; por su lado, las Clementinas y las Extravagantes suponen un retroceso respecto del sentido técnico-jurídico de *praesumere* y *praesumptio* en las anteriores colecciones.[9]

Una verdadera teoría general basada en la definición de los conceptos y la clasificación de las presunciones se desarrolla solamente a partir de los decretalistas. Tancredo de Bolonia acuña una definición –la primera ubicada en el marco del sistema probatorio– que reúne tres elementos fundamentales: toda presunción es prueba (*argumentum*) deducida lógicamente (*surgens*) de un indicio que debe ser probado (*ex probatione*);[10] aportación suya es asimismo la distinción de cuatro especies de presunción: *temeraria*, *probabilis*, *violenta* y *necessaria*; careciendo de cualquier valor la primera, la segunda y la tercera se equiparan respectivamente a la *praesumptio hominis* o *iudicis* y a la *praesumptio iuris*, y la cuarta, que no admite prueba en contrario, a la *praesumptio iuris et de iure*.[11] Por su parte, la definición de Enrique de Segusia "el Hostiense" añade el carácter subsidiario de la presunción (*probatione deficiente*) y apunta tres criterios para su clasificación: la fuerza probatoria, el origen y la relación de tiempo. Entre los legistas destaca Pillius da Medicina, cuya definición acusa el influjo de la teoría retórica de los *status causae*[12] y que dedica atención sobre todo a la inversión de la carga de la prueba

[6] Sobre estos desarrollos, vid. Labandeira (1967), págs. 30-37: legislación, 38-45: doctrina; Gouron (1999), *passim*; Hubert (2009), págs. 41-62; Fiori (2009), *passim*; la exposición más extensa es con mucho la de Motzenbäcker (1958), págs. 44-229.

[7] Motzenbäcker (1958), págs. 84-86: *Decretum Gratiani*, 90: Tournai, 117-122: Hugucio; Labandeira (1967), págs. 30-31; Hubert (2009) págs. 41-45.

[8] Motzenbäcker (1958), págs. 134-135; Labandeira (1967), págs. 31-34; Hubert (2009), págs. 45-46.

[9] Labandeira (1967), págs. 35-37; Hubert (2009), págs. 46-49.

[10] Tancredus Bononiensis, Ordo iudiciarius, Parte III, Tit. 14: De praesumptionibus, § 1: "Praesumptio est argumentum ad credendum unum factum, surgens ex probatione alterius facti".

[11] Tancredus Bononiensis, Ordo iudiciarius, Parte III, Tit. 14: De praesumptionibus, § 2; cfr. Motzenbäcker (1958), págs. 133-134; Campitelli (1986), pág. 262; Pedrelli (2002), págs. 715-716; Fiori (2009), págs. 79-80; Schmoeckel (2016), pág. 503.

[12] *Libellus Pylei disputatorius*, Cod. Vindobonensis lat. 2157, fol. 36r: "Praesumcio est rei, de qua quaeritur, semiplena probatio vel rei dubiae aliquibus signis extrinsecis credulitas seu fides"; cfr. Motzenbäcker (1958), págs. 62-65; Hohmann (1999), págs. 6-8.

provocada por la presunción. Desde Guido Papa se consolida la tripartición en *praesumptio hominis*, *iuris tantum* y *iuris et de iure*. A finales del siglo XVI, Jacobo Menoquio,[13] consagra definitivamente la citada tripartición y, en cuanto a la fuerza probatoria de la presunción, se inclina por la tesis de la *probatio semiplena* con la novedad de sustituir, como requisito para llegar a la prueba plena, el juramento purgatorio por la combinación de varias *praesumptiones iudicis*;[14] como criterios para la clasificación, además de la fuerza probatoria se fija en la fuente de la que se extraen las presunciones: *persona*, *causa*, *factum*, *dictum*, *non factum*, *non dictum*. Por último, ya plenamente desarrollada en sus contenidos principales, la doctrina de las presunciones alcanza una expresión formal impecable en las obras de *probati auctores* como Reiffenstuel y Schmalzgrueber, autores de sendos tratados generales cuya influencia perdura hasta la entrada en vigor del Código de 1917, y cuya contribución más específica, en lo que toca al tema que nos ocupa, es la sistematización de aquella doctrina al servicio de la práctica.[15] Organización muy parecida da a la materia Pedro Murillo Velarde, cuyo *Cursus iuris canonici*, notable exponente de la misma tradición manualística, nos servirá de guía en los apartados siguientes.[16]

3. *Praesumptio*: definición y delimitación

En una primerísima aproximación Murillo explica que *praesumptio*, unión de *prae* y *sumptio*, significa lo mismo que "ante sumptio", o sea, la admisión de algo como verdadero antes de que se haya probado legalmente. Pasando de inmediato al plano técnico-jurídico apunta que la

[13] Menochius, De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentari; vid. Motzenbäcker (1958), págs. 191-194; Hubert (2009), págs. 55-58. Casi un siglo anterior es el comentario del canonista ferrarense Felinus Sandaeus, Super secundi libri Decretalium titulis: de probationibus, de testibus, de testibus cogendis, de fide instrumentorum, de praesumptionibus; vid. Motzenbäcker (1958), págs. 209-210.

[14] La admisibilidad de esa combinación depende del objeto y la gravedad del proceso; en los procesos matrimoniales sólo se admite a favor de la confirmación y la validez del matrimonio: Menochius, De praesumptionibus, Libro I, Quaest. 40: Praesumptiones plures, quando et quomodo iungi possunt, ad faciendam plenam et perfectam probationem, nn. 5-6; vid. Hubert (2009), pág. 57.

[15] Reiffenstuel, Jus Canonicum Universum, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, Párrafo único: De natura praesumptionis, eius sufficientia ad ferendam sententiam, ac regulis praesumptionum; Schmalzgrueber, Jus Ecclesiaticum Universum, Tomo II: Iudicium ecclesiasticum, Tit. 23: De praesumptionibus, § 1: De natura, varietate, et effectibus praesumptionum, y § 2: Regulae praesumptionum; vid. Hubert (2009), págs. 59-62.

[16] Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, n. 193: Quid sit praesumptio? Et de ea prout est nimia sui confidentia; n. 194: Praesumptio differt a fictione juris, et opinione. Quid, et quotuplex sit indicium?; n. 195: Praesumptio juris tantum et juris et de jure; n. 196: Contra praesumptionem juris, et de jure, an admittatur probatio?; n. 197: De praesumptione hominis, et quando ex ea possit ferri sententia; nn. 198-199: De aliquibus praesumptionibus in specie.

presunción es una especie de prueba –"otra natura de probar":[17]– y presenta tres definiciones: "Praesumptio est ex aliquo antecedenti ad aliquid sibi connexum verisimilis deductio, sive illatio", "probabilis conjectura ex certo signo proveniens, quae alio non adducto pro veritate habetur", "cognitio ex circunstantiis resultans".[18] Dejando a un lado la última, insuficiente en su brevedad, las dos primeras recogen con exactitud los elementos esenciales de cualquier presunción, a saber, el antecedente, indicio o signo cierto del que se parte, el consecuente no probado conectado a él y el propio razonamiento deductivo o conjetural que los relaciona y concluye en la verosimilitud del consecuente.[19] El resto del primer parágrafo (el 193) lo dedica a distinguir la presunción del exceso de confianza o "confianza excesiva en las propias fuerzas", que es tachado de vicio y defecto del intelecto y la voluntad y aun de pecado por santo Tomás.

El parágrafo 194 reitera que la presunción es conjetura probable y no mera esperanza. El escalón más bajo de la probabilidad lo representa la duda; en progresión ascendente le siguen la sospecha, la opinión, el juicio y la sentencia, que no es, dice Murillo, sino la expresión exterior del juicio. Significativamente, mientras que el agente de los tres primeros grados es el "animus", sólo en el cuarto interviene el intelecto.

Por otra parte, lo característico de la presunción es que tiene por objeto una "cosa dudosa" asumida como cierta *hic et nunc* pese a que su existencia es meramente probable; en ello se diferencia de la *fictio iuris*, la cual es siempre "de cosa que se sabe inexistente" y excluye cualquier prueba en contrario.[20] Así, por ejemplo, cuando Veracruz explica que la Iglesia tiene por no puesta la *condicio impossibilis vel turpe* bajo la que se hubiere contraído el matrimonio,

[17] Las Siete Partidas, Partida III, Título 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dudosas, Ley 8 Quantas maneras son de prueua. Lo mismo en Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte I: Del juicio civil, Párrafo 17: Prueba, n. 3, y Elizondo, Práctica universal, Tomo 1, Juicio ordinario, n. 3 (pág. 124); en Elizondo, Práctica universal, Tomo 4, Juicio ordinario, nn. 31-32 (págs. 232-233), una síntesis de la doctrina general de las presunciones.

[18] Traducción: "la presunción es una deducción o conclusión verosímil de algo antecedente a algo conectado con ello"; "conjetura probable derivada de un signo cierto que a falta de otros se tiene por verdadera"; "conocimiento resultante de las circunstancias". La primera definición procede de Baldo, la segunda de Alciato, Tractaus de praesumptionibus, In tertiam partem praesumptionum argumenta, n. 1, y la tercera es muy similar a la de Mascardus, De probationibus, Libro I, Quaest. 10, n. 9: "cognitio veritatis ex circunstantiis resultans"; Murillo toma la primera y la tercera de la gl. Presumpcion a Las Siete Partidas, Partida III, Título 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dudosas, Ley 8 Quantas maneras son de prueua. Vid. una reseña de definiciones en Oesterle (1959), págs. 396-400, que encuadra la presunción como especie de la conjetura.

[19] Los términos antecedente y consecuente no tienen aquí ninguna connotación cronológica; en efecto, tan posible es presumir *ex subsequentibus circa praeterita* como *ex praeteritis circa futura*.

[20] En realidad, la ficción es una norma imperativa: Labandeira (1967), págs. 83, 106-107, con referencia a la exposición de Alteserra, De fictionibus iuris tractatus quinque; según Aron (1896), págs. 504-511, en la medida en que no admite prueba en contrario la presunción *iuris et de iure* tendría esa misma naturaleza; cfr. Oesterle (1948), págs. 417-419; Motzenbäcker (1958), págs. 336-359, esp. 338-342; Campitelli (1986), pág. 263; Rosoni (1995), pág. 157; Martínez de Morentín Llamas (2007), págs. 48-63; Fiori (2009), págs. 75-77; Schmoeckel (2016), pág. 504.

"porque presume que el consentimiento no depende del resultado de tal condición",[21] quizá no está reflejando una verdadera presunción sino una *fictio*. Tratando de acotar el concepto, Murillo añade todavía que la presunción, puesto que opera con indicios, tampoco se confunde con la "opinio" fundada en la razón o en la autoridad de los doctores.[22] Sin embargo, así como esta indicación se refiere implícitamente a la *praesumptio hominis*, la definición más exacta de las *praesumptiones iuris* exige también una delimitación –no ofrecida por Murillo ni por los demás manualistas– frente a otras expresiones de lo que podríamos llamar razonamiento presuntivo, en especial frente al *favor iuris* y frente a las normas de carácter genéricamente interpretativo. En cuanto al *favor iuris* cabe observar que, pese a manifestarse con cierta frecuencia como presunción de validez, tiene más bien consistencia de un principio informador de determinada institución o del conjunto del ordenamiento. En el derecho canónico es muy relevante, por ejemplo, el principio del *favor matrimonii*,[23] muchas de cuyas consecuencias no encajan en el esquema de la presunción por mucho que los autores las presenten explícitamente bajo ese aspecto.[24] Por su lado, las normas interpretativas, aunque se puedan basar en una presunción vulgar del legislador, en la medida en que imponen una decisión obligatoria ante determinada situación dudosa no son presunciones sino normas de derecho material cuya influencia en la cuestión de la prueba se da sólo de forma indirecta;[25] tal sería el caso, por ejemplo, de la prescripción que, "en la duda" de si está viva una persona, ordena presumir que sí, o bien que no, tomando como divisoria la edad de cien años;[26] o el de aquella otra regla según la cual, cuando alguien comete un delito grave en la iglesia o en el cementerio, "en caso de duda" siempre se presume que lo hace buscando la facilidad de retraerse en sagrado, siendo necesario suponerle esa intención para salvaguardar la esencia de la institución de que se trata;[27] también, en fin, el caso de la presunción general de buena

---

21 Veracruz, Speculum coniugiorum, Parte III, Art. 18: De contractu sub conditione impossibili, pág. 100 C: "quia praesumit, quod consensus ex tali non dependeat condicionis eventu".

22 Pero la *communis opinio* se presume verdadera bajo ciertas reglas: Menochius, De praesumptionibus, Libro II, Praes. 71: "Opinio verior, quae praesumatur, ut eam in ferenda sententia sequatur iudex"; Mascardus, De probationibus, Libro III, Concl. 1144; cfr. Schröder (2001), págs. 47-48.

23 Cfr. Miguélez Domínguez (1948), págs. 356-361.

24 Por ej., Veracruz, Speculum coniugiorum, Parte I, Art. 29: De matrimonio impuberum, pág. 182 C: los impúberes "qui de facto contraxerunt, si matrimonium consumment ante legitimam aetatem, verum est matrimonium consummatum (…) Est enim praesumptio iuris et de iure, contra quam non admittitur probatio in contrario"; en Dig. 40.7.40.7, la frase *melius autem est praesumptionem pro statuliberi esse* es expresión del *favor libertatis* presente también, por ejemplo, en Dig. 34.5.10.1.

25 Labandeira (1967), págs. 91-106; sigue este autor la tesis de Hedemann según la cual ningún texto que produzca efectos "en la duda" es presunción, sino regla jurídico-material aunque tenga efectos en el campo probatorio.

26 Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte I: Del juicio civil, Párrafo 17: Prueba, n. 22; Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, n. 199 (pág. 322): "Nec ullus post centum annos vivere praesumitur".

27 Vid. X.3.49.10; Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte III: Del juicio criminal, Párrafo 12: Retraídos, n. 20; en el n. 56 se advierte que antes de sacar al retraído el juez secular debe leer y notificar al juez eclesiástico la información y causa por la que le saca, para que "se venza la presunción que hay por la Iglesia, que posee"; cfr. Dellaferrera (2002), págs. 412-413.

fe en materia posesoria.[28] Dado que la presunción en sentido propio se refiere a hechos que deben ser probados en un proceso, en casos como los indicados sería inexacto ver *praesumptiones iuris tantum*.[29] Más allá de las apariencias, tampoco es presunción la sospecha de haber fornicación, adulterio y pecado mortal en el matrimonio clandestino; el hecho de que el único modo de eliminarla sea la expresión legal del consentimiento, conforme al canon que se refiere a la cuestión, denota en efecto su carácter de norma material.[30]

Volviendo a la exposición de Murillo, el indicio es "notabile signum alicujus rei, de quae dubitatur, ad cognoscendam veritatem inserviens".[31] Según su idoneidad, falibilidad y grado de verosimilitud pueden ser próximos o remotos. Por la fuerza que otorgan a la presunción, otra clasificación los divide en *levia*, *gravia*, *graviora* o *vehementia* y *gravissima* o *vehementissima*; los de la tercera clase proporcionan una cuasi certeza moral que se acerca a la prueba plena a falta sólo de la confesión del reo;[32] los de la cuarta son del todo convincentes y hacen prueba plena. Es de advertir que el indicio no es la presunción sino su necesario punto de partida.[33] La presunción supone un razonamiento conjetural, o sea, un juicio de probabilidad acerca de la conexión del indicio con aquello que, no constando de forma indubitable por otros medios, se puede o se quiere deducir de él. De ahí la importancia de las clasificaciones anteriores y en especial de la segunda por cuanto la fuerza probatoria de la presunción depende, no sólo pero sí principalmente, de los indicios en los que se basa.

---

28 Vázquez de Menchaca, Illustrium controversiarum, Parte I, Libro II, Cap. 70: De bona fide, n. 2: "Bona autem fides in dubio praesumitur ex communi nostrorum opinione"; Cap. 80: De mala fide, n. 4: "Lex autem in re dubia praesumit possessorem esse bonae fidei".

29 Tampoco en algunas reglas sobre la atribución de competencia: "en caso que se dudare de quien sea la jurisdicción que se controvierte, tienen (sic) a su favor la presunción el que la exercitare en el lugar, o pueblo más vecino": Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte I: Del juicio civil, Párrafo 4: Jurisdicción, n. 33; "contra los casados dos veces en un tiempo se conoce en el Santo Oficio de la Inquisición por la presunción que hay de heregía": Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte III: Del juicio criminal, Párrafo 2: Fuero eclesiástico, n. 17. En materia de refugio, el juez secular debe leer y notificar al juez eclesiástico la información y causa por la que le saca al retraído para que "se venza la presunción que hay por la Iglesia, que posee": Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte III: Del juicio criminal, Párrafo 12: Retraídos, n. 56.

30 Veracruz, Speculum coniugiorum, Parte I, Art. 10: De clandestino matrimonio, pág. 63 C; cfr. C.30 q.5: "aliter vero presumpta non coniugia, sed adulteria, vel contubernia, vel stupra, aut fornicationes potius, quam legitima coniugia esse non dubitate, nisi voluntas propria suffragaverit, et vota succurrerint legitima".

31 Traducción: "signo visible de alguna cosa, de la que se duda, útil para conocer la verdad"; aunque Murillo no lo indica, la definición procede de Mascardus, De probationibus, Libro I, Quaest. 15, n. 2. Sobre los indicios y sus clasificaciones, vid. Rosoni (1995), págs. 119-153.

32 Murillo se apoya en Dig. 48.18.1.1.

33 Schmalzgrueber, Ius Ecclesiasticum Universum, Tomo II: Iudicium ecclesiasticum, Tit. 23: De praesumptionibus, § 1, n. 2: "Differt itaque praesumptio ab indicio, quod indicium sit signum unum, vel plura, ex quibus tanquam ex causa, oritur praesumptio".

4. Clasificación de las presunciones

Praesumptio iuris y *praesumptio hominis* forman la *summa divisio* de las presunciones; el criterio que le sirve de base es el origen de la presunción en una norma o en el juez. A su vez, la *praesumptio iuris* se subdivide en *iuris tantum* y *iuris et de iure* en función de su capacidad para resistir prueba en contrario; por su lado, la *praesumptio hominis* (o *iudiciis*) se distingue en *temeraria*, *probabilis* y *violenta* con base no tanto en el grado de verosimilitud cuanto en su influencia sobre la decisión del juez. La exposición de Murillo acoge ambas clasificaciones,[34] la primera y más general de matriz principalmente civilística y la segunda producto característico de la canonística.[35]

En el parágrafo 195 se dice que la *praesumptio iuris* es aquella que "ipsa Lex elicit in aliquo casu aliquibus suppositis circunstantiis";[36] dado que está legalmente prevista, su admisión y su valor probatorio no dependen del criterio del juez. Como he adelantado, este primer tipo se subdivide en las dos especies llamadas *praesumptio iuris tantum* y *praesumptio iuris et de iure*. Según una descripción traslaticia en la doctrina, la primera se da cuando "jus aliquid praesumitur, et habet pro vero, donec vel probatione, vel fortiori praesumptione, elidatur: sed nihil Lex statuit pro sententia, vel poena".[37] Las presunciones de esta clase liberan de la prueba a aquel a quien favorecen,[38] pero piden alegación de parte[39] y, tal como indica su descripción, admiten prueba en contrario; en este sentido, su efecto es la inversión del *onus probandi*.[40] Por su lado, la segunda especie, descrita asimismo del modo usual, tiene lugar cuando "Lex aliquid ita praesumit, ut ex ipsa praesumptione jus aliquod firmum statuat, vel talem sententiam, vel talem poenam decernat".[41] Esta clase de presunción excluye regularmente la prueba

[34] También Reiffenstuel, Jus Canonicum Universum, Libro II 2, Tit. 23: De praesumptionibus, nn. 2-4, y Schmalzgrueber, Ius Ecclesiasticum Universum, Tomo II: Iudicium ecclesiasticum, Tit. 23: De praesumptionibus, § 1, nn. 4-11; Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte I: Del juicio civil, Párrafo 17: Prueba, n. 40, solamente la primera.

[35] Fiori (2009), págs. 79-80, 97-98.

[36] Traducción: aquella que "la ley misma ordena en un caso determinado supuestas determinadas circunstancias".

[37] Traducción: cuando "el derecho presume algo y lo tiene por verdadero mientras no sea expulsado por otra prueba u otra presunción más fuerte: pero de modo tal que la ley no impone nada en cuanto a la sentencia o la pena".

[38] Según X.2.19.2 y 4 y Las Siete Partidas, Partida III, Título 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dudosas, Ley 10 Como aquel que prueua en juyzio que en algun tiempo fuera Señor, o tenedor de la cosa sobre que es la contienda, que deuemos sospechar que lo es, aun que non se prueue lo contrario. Sería quizá más exacto decir que desplazan el *onus probandi* del actor al indicio, signo o antecedente del hecho presunto, cuya prueba, por otra parte, suele ser menos dificultosa.

[39] Esta necesidad se desprende de VI.2.5.2.

[40] Cfr. Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Libro II, Tit. 19: De probationibus, n. 140 (pág. 278): "Quod si praesumptio stet pro actore relevatur hic ab onere probandi, et transfert in reum hujusmodi onus, etiam, quando reus negat", con cita de X.3.12.1 y Dig. 4.2.23.

[41] Traducción: "la ley presume algo de tal modo que establece en firme algún derecho, o decide tal sentencia o tal pena".

directa en contrario[42] –de ahí el nombre de "necessaria, et violentissima" que también se le da– y no precisa alegación de parte, por lo que más que un medio de prueba supone una dispensa de la actividad probatoria; en cuanto a sus efectos, dado que produce una certeza total, en el fuero externo basta para fundar la sentencia.[43] En contrapartida, sucede a veces que la norma en la que se basa la presunción debe interpretarse de forma restrictiva, como es el caso, según Azpilcueta, de un texto canónico que induce presunción de usura contra aquel que "presta, y assegura, y lleva más de lo que presta".[44] El parágrafo de Murillo se completa con una serie de ejemplos de ambas especies.[45]

El parágrafo 196 insiste en el examen de la presunción *iuris et de iure* con miras a determinar el alcance de esa característica suya que es la exclusión regular de la prueba en contrario. Dado que esta clase de presunción se tiene como verdad ("pro veritate"), al perjudicado por ella se le tiene por convicto y confeso, no se le permite apelar[46] ni se admite tampoco su juramento toda vez que, siendo cierta la causa, el juez no lo defiere. Ahora bien, Murillo señala varios modos en los que la presunción *iuris et de iure* puede ser destruida; a saber, por confesión judicial del favorecido por ella o por confesión extrajudicial si hace prueba plena, ya que la confesión es testimonio de la verdad mientras que la presunción se tiene meramente "pro veritate"; por la notoriedad o evidencia de hechos contrarios, pues la presunción no es más que "sombra de la verdad" que, en cuanto tal, no puede prevalecer contra la luz de la más perfecta de todas las pruebas; por testimonio contrario directo de dos o tres testigos; por documento público; y por admisión sin oposición de parte de alguna prueba que la destruye, caso en el cual puede considerarse que aquel a quien la presunción favorece renuncia a su derecho. Además de estos supuestos, que son todos de prueba directa, la presunción *iuris et de iure* también puede puede ser desvirtuada mediante la llamada prueba indirecta, que consiste básicamente en probar que no se da el supuesto de hecho en el que debería basarse.[47]

---

42 Cod. Just. 4.29.3 y X.4.18.4; en el parágrafo 196, que trata específicamente de esta cuestión, se añade X.4.1.30. Se entiende por prueba directa la dirigida contra el hecho presunto.

43 No, en cambio, en el fuero interno: "Praesumptio etiam iuris et de iure, non habet locum in foro animae", advierte Mascardus, De probationibus, Libro III, Concl. 1228, n. 70.

44 Azpilcueta, Comentario resolutorio de… cambios, n. 6; el texto es X.5.19.19.

45 Además de las contenidas en X.2.23, los ejemplos de *praesumptiones iuris tantum* proceden de VI.4.2.1, X.4.2.6 y 10, X.3.43.3 y Dig. 22.3.24; los de *praesumptiones iuris et de iure* se toman de X.4.1.21, X.4.5.6, X.4.1.30 (con la advertencia de que esta presunción ha sido suprimida por el Concilio de Trento), VI.5.2.8.2 y Cod. Just. 4.29.3. Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte III: Del juicio criminal, Párrafo 15: Prueba, n. 18, recoge un supuesto típico de *praesumptio iuris tantum* tomado de Nueva Recopilación 8.23.11; otro ejemplo en Veracruz, Speculum coniugiorum, Parte III, Art. 35: De impedimento criminis, quando est dubium, an fuerit legitimus vir, pág. 164 C: "Quando existimatio est de vero coniuge, et non potest contrarium probari, oportet impedimentum recognoscere"; y uno más de *praesumptio iuris et de iure* en Veracruz, Speculum coniugiorum, Parte III, Art. 13: Quid agendum quando alter coniugum negat consensum, pág. 527 B: "quia talis vir qui audivit, et intellexit verba expressiva consensus, vel signa, et per multum temporis non fuerunt revocata, non tenetur ei credere, si post dicat se non consensisse, quia paresumitur eam mentiri", basándose en X.2.19.10.

46 Cod. Just. 7.65.2.

47 Para un examen más amplio de estas posibilidades, Murillo remite a los tratados de Menochius, De praesumptionibus, Libro I, Quaest. 60-69, y Mascardus, De probationibus, Libro IV, Quaest 47-53;

De la *praesumptio hominis* trata el parágrafo 197, que la define como "conjectura ab homine formata ex variis indiciis, et facti circunstantiis, nulla tamen jure expressa".[48] Dada su naturaleza incompatible con la existencia de una norma legal que la imponga y regule su eficacia, esta clase de presunción depende en todo del criterio del juez, que la establece en el caso particular y decide el poder de convicción que le confiere; dependiendo, en efecto, de la fuerza de los indicios en los que se podría sustentar y a veces de su número, la presunción de hombre podrá ser enteramente inane o constituir prueba semiplena o prueba plena.[49] Así, no prueba nada la *praesumptio levis* o *temeraria suspicio*, basada sólo en indicios inatendibles por su levedad;[50] en cambio, nacida de indicios verosímiles que suelen ir unidos a aquello que se presume, la *probabilis et discreta* es prueba semiplena[51] que en el fuero canónico da lugar a la imposición del juramento purgatorio (*purgatio canonica*) y en el secular permite proceder a la tortura;[52] prueba plena es finalmente la *violenta et vehemens*, o sea, la basada en indicios gravísimos; en causas civiles basta para dictar sentencia definitiva;[53] en crímenes ocultos y de prueba especialmente difícil, esta presunción –"sive iuris, sive hominis"– es suficiente

vid. también Reiffenstuel, Jus Canonicum Universum, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, n. 6; Schmalzgrueber, Ius Ecclesiasticum Universum, Tomo II: Iudicium ecclesiasticum, Tit. 23: De praesumptionibus, § 1, nn. 12-14. Sobre el tema cfr. Oesterle (1948), págs. 439-448; Labandeira (1967), págs. 43-44.

48 Traducción: "conjetura formada por el sujeto partiendo de diversos indicios y circunstancias de hecho, pero no legalmente expresa".

49 *Plena probatio* es aquella que permite al juez dictar sentencia sin necesidad de ulteriores requisitos; *semiplena* (o *imperfecta*) *probatio*, la que por sí sola no es suficiente para mover al juez a dictar sentencia. Vid. Reiffenstuel, Jus Canonicum Universum, Libro II. 2, Tit. 19: De probationibus, n. 2; Schmalzgrueber, Ius Ecclesiasticum Universum, Tomo II: Iudicium ecclesiasticum, Tit. 19: De probationibus, § 1, nn. 10 y 14; Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Libro II 2, Tít. 19: De probationibus, nn. 137-139. Cfr. Rosoni (1995), págs. 72-96; Hubert (2009), págs. 147, 149-152.

50 C.6 q.1 c.9, X.5.35, X.5.39.44, Las Siete Partidas, Partida III, Título 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dudosas, Ley 8 Quantas maneras son de prueua.

51 Prueba plena si se le añade juramento, fama pública o la deposición de un testigo: X.5.34.13, Gonzalez Tellez, Commentaria, in X.5.34.12.

52 Respectivamente, X.5.34.4 y Dig. 48.18.18.1. A los indicios bastantes para dar tormento se refieren Hevia Bolaños, Curia Philipìca, Parte III: Del juicio criminal, Párrafo 16: Tormento, nn. 7-12, y Elizondo, Práctica universal, Tomo 1, Juicio criminal, nn. 5-12 (págs. 275-277); según Hevia Bolaños, Curia Philipìca, Parte III: Del juicio criminal, Párrafo 15: Prueba, n. 19, probando que uno es buen cristiano o noble, o que tiene buena fama se purgan algunas "leves presunciones menos idóneas, que para dar tormento", con cita de D.61 c.5, X.2.23.6 y 16, Las Siete Partidas, Partida II, Título IX Qual deue el Rey ser a sus officiales, e a los de su casa, e de su corte, e ellos a el, Ley 2 Quales omes deue el Rey recebir en su casa para servirse dellos y Las Siete Partidas, Partida VII, Título primero de las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del judgador que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 26 Como el juez deue librar la acusacion por derecho despues que la ouiesse oyda; Azpilcueta, Manual de Confessores, Cap. 18: Del octavo mandamiento, Del descubrir secreto, que es otro pecado de palabras contra este octavo mandamiento, n. 57: culpa a los que dan tormento a los reos "quando no ay fama, ni indicios, ni presumcion legitima". Sobre *praesumptio probabilis* y *purgatio canonica*, vid. Fiori (2009), págs. 86-87, 91; Fiori (2013), págs. 428-446.

53 X.2.23.2, Las Siete Partidas, Partida III, Título 14 De las prueuas, e de las sospechas que los omes aduzen en juizio sobre las cosas negadas, e dudosas, Ley 8 Quantas maneras son de prueua.

para imponer pena no sólo arbitraria o extraordinaria sino ordinaria.[54] Contra la opinión de Antonio Gómez y otros partidarios de absolver en tal tipo de casos siempre que no haya otra prueba además de la presunción, Murillo subraya el espacio que eso daría a la impunidad e indica también que los textos que requieren en lo criminal pruebas liquidísimas y más claras que la luz meridiana[55] no suponen ningún obstáculo, ya que a aquel contra el que hay presunción vehementísima y violenta se le tiene por convicto.[56] De todos modos, la vehemencia de la presunción debe ser tanto mayor cuanto más grave es el delito;[57] e incluso, tratándose de pena capital, ni siquiera es suficiente la presunción violentísima dado que siempre es compatible con la falsedad.[58]

En la medida en que refleja una regulación siquiera sea doctrinal del uso y la eficacia de las *praesumptiones hominis*, la clasificación anterior no deja de presentar quizás un aspecto paradójico. Problemática es asimismo la cuestión de si las presunciones de este tipo, al margen de su consideración en cada caso como prueba plena o semiplena,[59] invierten la carga de la prueba. Murillo no toca este problema. Basándose en un argumento *a maiore ad minus*, Menoquio lo afronta con cierta cautela y concluye que la inversión se da únicamente cuando la presunción no es de leve peso, ya que entonces no se diferencia de la *praesumptio legis*.[60]

5. Algunas reglas sobre el uso de las presunciones

En el *Index titulorum* del tratado de Murillo, la rúbrica común de los dos últimos parágrafos es *De aliquibus praesumptionibus in specie*. Son muchas en efecto las que se mencionan en cada uno de ellos, pero lo más importante es su presentación a título de "reglas" que permiten inferir otras presunciones "útiles para los casos particulares". Dado que esta posibilidad no

[54] X.2.23.12, X.5.3.11, VI.5.4.1, Cod. Just. 9.9.34; del mismo parecer son el Panormitano, Menoquio y González.

[55] C.2 q.1 c.1, X.2.23.14, Dig. 48.19.5, Cod. Just. 4.19.25.

[56] Cfr. C.2 q.1 c.1: *Nos in quemquam sententiam ferre non possumus, nisi aut convictus, aut sponte confessus*.

[57] Esto se infiere de VI.1.6.3.

[58] Ésta es la regla en España según Murillo, que cita Las Siete Partidas, Partida VII, Título 31 De las penas, Ley 7 A quales omes deuen ser dadas las penas, e quando, e en que manera, Las Siete Partidas, Partida VII, Título 1 de las acusaciones que se fazen contra los malos fechos, e de los denunciamientos, e del oficio del judgador que ha a pesquerir los malos fechos, Ley 26 Como el juez deue librar la acusacion por derecho despues que la ouiesse oyda, con la gl. dubda ninguna, Cevallos, Acevedo y Hevia Bolaños. Cfr. Reiffenstuel, Jus Canonicum Universum, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, n. 8; Schmalzgrueber, Ius Ecclesiasticum Universum, Tomo II: Iudicium ecclesiasticum, Tit. 23: De praesumptionibus, § 1, nn. 15-22.

[59] En cualquiera de los dos casos admite prueba en contra: Reiffenstuel, Jus Canonicum Universum, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, n. 6.

[60] Menochius, De praesumptionibus, Libro I, Quaest. 33: Praesumptio quando transferat probandi onus in adversarium, nn. 9-11; n. 10: "Nam si praesumptio hominis interdum praevalet praesumptioni legis, et eam cessare facit…, a fortiori dicendum videtur, quod si legis praesumptio transfert probationis onus in adversarium, id etiam faciat hominis praesumptio".

existiría si el número de las presunciones estuviera tasado, lo dicho significa sin lugar a dudas que al menos el de las *praesumptiones hominis* no lo está;[61] más concretamente, el brocardo "quae non prosunt singula, cuncta juvant"[62] citado en este contexto indica la posibilidad de armar *ad casum* una prueba consistente combinando datos que por separado no probarían nada, si bien los requisitos para poder hacer esto son distintos en el orden civil y en el criminal.[63] Tomadas de los derechos romano, canónico y castellano y también algunas de la doctrina, las "regulae" del parágrafo 198 son muy numerosas y demasiado heterogéneas como para recogerlas aquí.[64] Sí conviene consignar, por su carácter más general, la regla según la cual la estimación de la solidez de las presunciones o indicios –*hominis* lógicamente– es incumbencia del juez, que la deberá declarar *hic et nunc*, o sea, en cada caso y en función de las circunstancias de persona,[65] tiempo, lugar[66] y demás.

General es también la observación, ya en el parágrafo 199, de que las cualidades que se encuentran naturalmente presentes en algo siempre se presumen existentes, no en cambio las accidentales (culto, noble, doctor, clérigo). De acuerdo con este principio, en el hombre se acostumbra presumir lo que es natural a su condición, entendiendo por tal la edad o el sexo del individuo. Los ejemplos que se recogen en este parágrafo forman una lista igualmente larga y heterogénea; algunos de ellos se organizan en torno a un principio o *regula iuris* que el juez debe tener presente en la formación y el uso de la presunción: *Ea facta, quae dubium est quo animo fiant, in meliorem partem interpretemur*;[67] de cualquier modo, la decisión sobre esto depende de las circunstancias y la regla sólo se aplica a los actos de suyo indiferentes o

---

61 Rosoni (1995), págs. 159-160.

62 Traducción: "lo que no es útil por separado, junto sí ayuda".

63 Señala Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte I: Del juicio civil, Párrafo 17: Prueba, n. 6, que en causas civiles dos pruebas semiplenas hacen prueba plena; por ej., el concurso de la confesión extrajudicial hecha al ausente con "un testigo, u otra presunción, o indicio, que la cause"; no ocurre lo mismo en las causas criminales: Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte III: Del juicio criminal, Párrafo 15: Prueba, nn. 11 y 18. Sobre el cálculo de los indicios, vid. Rosoni (1995), págs. 203-215.

64 El nombre de "regulae" que globalmente se les da podría deberse a que bastantes de ellas son meras máximas de experiencia que indican *id quod plerumque accidit*; vid. Labandeira (1967), págs. 196-202. Murillo no distingue entre *praesumptiones hominis* y *praesumptiones iuris* y sólo en unos pocos casos menciona la posibilidad de la prueba en contrario: *praesumptio commixtionis Sodomiticae*; *termini confinium censetur nunc esse ubi olim erant*, *qui semel fuit Dominus alicujus rei, ejus dominus praesumitur*, *semel bonus semper praesumitur bonus*.

65 Hevia Bolaños, Curia Philipica, Parte I: Del juicio civil, Párrafo 17: Prueba, n. 12: "aunque el dicho de los menores de edad no es pleno, hace gran presunción, siendo de buen entendimiento", según Las Siete Partidas, Partida III, Título 16 De los testigos, Ley 9 De quantos años deuen ser aquellos que ouieren de testiguar.

66 Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, n. 198 (pág. 321): "si solus cum sola, nudus cum nuda in eodem lecto jacens invenitur, copula praesumitur… nisi sint consanguinei"; Azpilcueta, Manual de Confessores, Cap. 18: Del octavo mandamiento, n. 11: con graves y bastantes indicios (no con leves y no bastantes), sin pecado alguno se puede juzgar en juicio y fuera de él: "como es ver algunas personas sospechosas juntas en lugar sospechoso o juntamente en el lecho" (X.2.23.12).

67 Cita literal de X.5.41.2 que se podría traducir de este modo: "deben interpretarse en el sentido más benigno o favorable aquellos hechos de los que se duda con qué intención se realizaron".

susceptibles de doble interpretación. Al final de la relación de ejemplos, la advertencia de que los doctores colocan varios de los citados "bajo diferentes vocablos" delata seguramente lo dudoso de su naturaleza, pero Murillo no dice de ello sino que sólo caso por caso se puede lograr mayor claridad. Muy importante es por último la regla que se debe seguir cuando concurren dos presunciones contrarias cualquiera que sea su naturaleza. Como no puede ser de otro modo, esa regla indica que debe prevalecer la más válida y más fuerte,[68] pues una presunción expulsa a la otra (*sic ars eluditur arte*) y todas ellas se desvanecen ante la verdad. La pauta en cuestión se traduce en otras más específicas que deben servir para decidir cuál de las dos presunciones en conflicto es más válida y más fuerte[69]. Así, *ceteris paribus* debe prevalecer la que favorece la conservación del acto;[70] la más benigna sobre la más rígida;[71] la especial sobre la general;[72] la más conforme a derecho sobre la que lo corrige del modo que sea;[73] la *praesumptio iuris* sobre la *praesumptio hominis*;[74] la más honesta y la que excluye el delito sobre aquella de la que se infiere su comisión;[75] la favorable al reo sobre la favorable al actor;[76] y aquella "per quam animae magis consulitur".[77] Todo ello se resume en la idea, ésta sí una verdadera *regula iuris*, de que se debe preferir la presunción más verosímil y aquello que suele ser más frecuente.[78]

6. Razonamiento presuntivo y presunciones en Indias

El razonamiento presuntivo recibe multitud de aplicaciones singulares en los más diversos sectores del derecho y en campos que se pueden considerar afines. Venimos insistiendo, sin embargo, en que no siempre esas aplicaciones se contienen dentro de los límites de la noción técnica de presunción ni, en consecuencia, del uso judicial de las presunciones en relación con la prueba. En el momento de examinar el derecho aplicado en Indias, será conveniente

[68] X.4.17.4, Dig. 4.1.7 pr.
[69] La mayoría de estas pautas son expresión de principios generales o de criterios interpretativos cuya aplicación no se circunscribe al uso de las presunciones.
[70] Dig. 34.5.12.
[71] Dig. 50.17.56, VI. *de reg. iur*. 49.
[72] VI. *de reg. iur*. 34.
[73] Arg. VI.1.6.29.
[74] Arg. X.1.2.1
[75] Arg. Dig. 17.2.51; cfr. Veracruz, Speculum coniugiorum, Parte III, Art. 19: De illo qui ficte promissit, pág. 562 C, donde el conflicto entre dos presunciones *iuris tantum* –la de engaño y seducción y la de fingir la mujer el engaño– se resuelve, atendidas las circunstancias socioeconómicas de las personas implicadas, con la exclusión de la primera.
[76] Dig. 50.17.125.
[77] Traducción: "por la que más (o mejor) se resguarda el alma"; arg. X.4.1.12; cfr. Schmalzgrueber, Ius Ecclesiasticum Universum, Tomo II: Iudicium ecclesiasticum, Tit. 23: De praesumptionibus, § 2, n. 39, 4.
[78] VI. *de reg. iur*. 45 (= Dig. 50.17.114). Murillo advierte que no ha agotado la materia y remite a Menoquio y demás autores.

tener presente esta diferencia a fin de deslindar las verdaderas presunciones de los demás usos del razonamiento presuntivo tomado en sentido general, que son comparativamente mucho más numerosos. Por lo demás, sin necesidad de ninguna adaptación técnica que merezca la pena reseñar,[79] los españoles se valieron no pocas veces de este tipo de razonamiento, incluidas las presunciones, en la ingente tarea de ahormar dentro de los cuadros del derecho europeo las novedosas situaciones que tuvieron que enfrentar en el Nuevo Mundo. No es casual que el protagonista de muchas de esas situaciones sea el indígena americano, casi a la par con la enomienda como institución característica de las Indias.

Dice Solórzano Pereira que los indios, como vasallos que son de la Corona, gozan de la presunción de libertad; en la situación concreta a la que se refiere el autor,[80] tal presunción parecería ser solamente *iuris tantum*, ya que aquel que pretende ser dueño de un indio la puede superar exhibiendo su título. Contra semejante apreciación nos previene, no obstante, su carácter evidentemente excesivo, pues, a poco que se profundice, se deberá admitir que la libertad de los indígenas no es de ningún modo un hecho presunto basado en indicios que se puedan destruir con la prueba de otros hechos, sino auténtico presupuesto normativo. Este ejemplo nos da un primer modelo de razonamiento presuntivo que, con independencia del lenguaje en que se expresa, dista mucho de ser una presunción. Por la misma razón, tampoco parece que lo sea la "presunción de derecho" acerca del carácter personal de los tributos que gravan a los indios,[81] ni aún menos la de colusión de todo concierto sobre el tributo de los indios pasado entre ellos y su encomendero, expresión en realidad de la *ratio* de un conjunto de normas prohibitivas.[82] En fin, presupuesto normativo parece ser también la "presunción del derecho" contra la que prevalece, por el mero paso de cuarenta años, la costumbre de no diezmar los indios o de hacerlo de cierta forma o de ciertas cosas.[83]

En Peña Montenegro encontramos de nuevo la presunción impropia de que todo trato de indios con encomenderos está viciado por el miedo reverencial de los primeros, de

---

79 Ninguna, al menos, que pueda deducirse de Hevia Bolaños, Murillo Velarde o Elizondo.

80 Se trata de una real cédula de 1533 dirigida a la Audiencia de México que ordena poner en libertad a los indios "que se hubieren hecho esclavos, contra razón y derecho" y contra las provisiones reales; vid. Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro II, Cap. 1: De la libertad de los indios, n. 20.

81 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro II, Cap. 19: De los tributos de los indios…, n. 40; el indicio en el que se basa esta falsa presunción es la ausencia de declaración legal expresa que sancione el carácter real del tributo de los indios, reforzado por otras normas que mandan dejar totalmente libres sus haciendas y posesiones.

82 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro II, Cap. 21: De los mismos tributos [de los indios] y forma que se ha de tener en sus tasas y cobranzas…, n. 11; lo que parece haber aquí es una decisión sustantiva basada en la presunción vulgar del legislador de que el acuerdo entre el encomendero y sus indios siempre es perjudicial para estos últimos.

83 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro II, Cap. 23: De los mismos diezmos de los indios…, n. 16; lo que Solórzano llama "presunción del derecho" se refiere en este caso a la obligación de diezmar de los indios ya convertidos (vid. Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro II, Cap. 22: De los diezmos de los indios…, nn. 3, 11-14); como explica Elizondo, Práctica universal, Tomo 2, Juicio ordinario, n. 3 (pág. 375), la presunción "está siempre a favor de la Iglesia".

donde su reiterada prohibición.[84] Gravísima es la presunción de ser ladrones los indios vendedores, así en general y sin apenas excepción;[85] si tuviera relación concreta y directa con la prueba en el proceso, sería ésta, a lo sumo, una opinión más o menos extendida necesitada como mínimo de "cualquier razonable conjetura" para poder levantar una *praesumptio iudicis* y no caer en "temerario juicio"; pero también podemos atisbar aquí la posibilidad de un conflicto entre dos de las reglas principales acogidas en el derecho canónico sobre el uso de las presunciones: la generalísima de atenerse al criterio del *id quod plerumque accidit* y aquella otra que prescribe interpretar *in meliorem partem ea facta, quae dubium est quo animo fiant*.[86] Sin cita de norma alguna, Peña señala que "el derecho rescinde los contratos que hicieron [los indios] medio embriagados, presumiendo que no tenían bastante uso de razón";[87] pese a las apariencias, no se trata de una presunción *iuris et de iure*, sino de una decisión –"el derecho rescinde"– basada en una presunción impropia del legislador. Dada su natural inclinación a la mentira, de los indios se presume que incumplirán los juramentos promisorios y que en los asertorios no dirán verdad; si de todos modos les obliga a jurar el juez, deberá instruirlos previamente sobre la gravedad del acto;[88] en este caso la prueba sería la declaración bajo juramento y no la presunción, que tiene carácter previo y se asiente sobre un indicio que, aun consabido y generalizado, respecto al concreto individuo declarante puede ser desvirtuado por la acción del propio juez. En relación con la herejía, en el fuero externo se presume la ignorancia e incapacidad de los indios en vez de la malicia como se presume normalmente de los rústicos en general; de ahí que los casos de herejía de los indios correspondan al conocimiento del obispo, cuando lo ordinario sería que se encargara de ellos la Inquisición;[89] una vez más, no estamos ante una presunción que tenga que ver nada con la prueba en el proceso, sino ante una regla provisional de atribución de competencia justificada por razones que afectan a los indios como grupo; de hecho, esto es lo que indica la referencia a la cuestión por parte de Solórzano, que la describe sin utilizar la palabra presunción.[90] Del indio

---

84 Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Trat. 6: De las ofrendas, Secc. 6: Si las ofrendas y otras cosas cobradas contra justicia…, n. 2.

85 Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 3: De los defectos y faltas que se hacen en tratar y tratar los indios…, Secc. 1: Si es pecado comprar a los indios algunas cosas de precios que venden, n. 2; vid. Cuena Boy (2017), págs. 575-576; según Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat, 3, Secc. 2: Si lo que probablemente creemos que es hurtado lo podemos comprar del indio…, n. 1, es lícito comprar del indio algo que parece hurtado para restituírselo a su dueño; quien así lo hace presume *rationabiliter* que el dueño le reembolsará el precio, pero esto no es presunción sino esperanza que decide al comprador.

86 Respectivamente VI. *de reg. iur*. 45 y X.5.41.2.

87 Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 7: De la embriaguez, Secc. 6: Si los contratos que hacen los que están privados de juicio… son válidos, n. 2.

88 Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 1: De los privilegios de los indios…, Secc. 5: Si pecarán mortalmente los que hacen jurar a los indios…, nn. 1-2; al juramento de los néofitos se refieren el Conc. III Lima. Actio IV, Cap. 6., y el Conc. III Mex. Libro II, Tít. 5: De Testibus & probationibus, § 10; cfr. Novoa (1999), pág. 263.

89 Peña Montenegro, Itinerario, Libro II, Trat. 8: De la fe que han de tener los indios…, Secc. 4: De algunos errores que comúnmente tienen los indios… en materia de fe, n. 3.

90 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro IV, Cap. 24: De las misiones y expediciones espirituales…, n. 18: "(…) con advertencia que por ahora se abstengan de proceder contra indios por ninguna de las di-

que no quiere cumplir la palabra de casarse dada en estado de embriaguez debe presumir el confesor que no cedió su derecho de disolver los esponsales, tanto más cuando de los indios se presume inepcia para contratar sin perjuicio propio;[91] el hecho presunto –la voluntad del indio de no renunciar a su derecho– se infiere de la embriaguez, pero el valor indiciario de ésta se subsume en el supuesto previo y general de la inepcia de los indios para contratar, de modo de no ser más que una de sus posibles concreciones; por esta razón, más que una *praesumptio iuris* impuesta al confesor (el juez) –nótese que Peña no menciona norma alguna que la ordene, sino que la infiere aplicando únicamente el *locus a maiore ad minus*–, se trata de una consecuencia derivada del supuesto general en cuestión. Tampoco es presunción, sino punto de partida normativo, la indicación de que "se ha de presumir siempre", salvo ignorancia o incapacidad evidente, que el indio padrino es consciente de que contrae el impedimento dirimente de cognación espiritual respecto de la madre de su ahijado.[92]

Aun cuando Peña utiliza el verbo presumir, la asunción común a teólogos y juristas de que el padre infiel no se opone al bautismo de su hijo es reflejo, incluso explícito, del *favor fidei*: "se presume que el padre gentil cede o renuncia en favor de la fe el derecho que tiene en el hijo y la patria potestad".[93] Si el convertido y bautizado sigue haciendo vida maridable con la mujer que permanece infiel "se presumirá", dice igualmente Peña, "que ampara y fomenta la infidelidad" de ésta;[94] sin embargo, la cuestión dudosa es si se debe permitir al converso seguir conviviendo con la infiel *more uxorio* y éste es un asunto de derecho material. La misma calificación conviene al supuesto del esclavo ordenado sin licencia de su señor: éste pierde el derecho de reclamarlo si no lo ejerce dentro de un año "porque se presume (pues dejó pasar tanto tiempo sin repetirlo) que le consintió ordenarse y que le dio libertad" según dispone un texto del Decreto;[95] en realidad, ese canon no establece una *praesumptio iuris et de iure*, como resultaría de la presentación de Peña, sino un plazo de caducidad para la repetición del amo, expirado el cual, el esclavo ordenado es definitivamente libre por mandato legal directo y sin necesidad de ninguna presunción.

Los análisis anteriores denotan un uso extenso del razonamiento presuntivo por parte de Peña, al que da un sentido muy amplio que excede el de la presunción propiamente tal;

chas causas, por su rudeza e incapacidad y que muchos de ellos aún no están bien instruidos en las cosas de nuestra santa fe católica."

91 Peña Montenegro, Itinerario, Libro III, Trat. 4: Del confesor, Secc. 18: Si se ha de absolver al indio que dio palabra de casarse y no la quiere cumplir, n. 17.

92 Peña Montenegro, Itinerario, Libro III, Trat. 10: De los grados de consanguinidad y afinidad, cognación espiritual y dispensación en ellos, Secc. 3: Si el indio contrae cognación espiritual con el ahijado y su madre, cuando hace de padrino…, n. 7.

93 Peña Montenegro, Itinerario, Libro III, Trat. 1: Del bautismo, Secc. 7: Cuando de dos infieles casados se convierte el uno…, n. 3; lo mismo en el n. 4: "cuando hay duda si el hijo es capaz de razón o no, se ha de presumir siempre en favor de la fe".

94 Peña Montenegro, Itinerario, Libro III, Trat. 9: Del sacramento del matrimonio, Subtrat. Del matrimonio de los infieles, Secc. 6: Si el infiel casado que se convierte y bautiza podrá hacer vida maridable…, n. 2.

95 Peña Montenegro, Itinerario, Libro III, Trat. 8: Del sacramento del orden, Secc. 4: Si en estas partes donde hay tantos negros y esclavos podrán ser ordenados, n. 3; la referencia es a D.54 c.20.

incluso, en alguna ocasión emplea el verbo presumir sin ningún significado técnico.[96] Casos más parecidos a la verdadera presunción hay muy pocos en el *Itinerario*: el párroco de indios cuya colación es nula porque no sabía la lengua puede, habiéndola aprendido después, retener el curato sin necesidad de nuevo nombramiento, ya que la voluntad inicial de los electores "se presupone que persevera siempre" mientras no la revocan;[97] Peña considera probable esta opinión doctrinal que, no sin alguna dificultad, se podría conceptuar como presunción de hombre o de juez. En los esponsales y matrimonios el derecho presume el consentimiento del hijo que calla y no contradice las palabras que el padre pronuncia en su presencia;[98] se trata de una presunción *iuris tantum*[99] que se destruye mediante la prueba del miedo reverencial, poco dificultosa en los indios.

Poca información sobre la difusión del razonamiento presuntivo proporciona Gaspar de Villarroel. En su obra encontramos un ejemplo solitario de presunción en el debate, citado a propósito de otra cuestión, acerca de si dar el varón el anillo a la esposa es suficiente indicio de esponsales y de si el anillo que el esposo entra en el dedo de la esposa se considera que se lo dona.[100] Sobre ambos puntos remite Villarroel a Tomás Sánchez,[101] que habla, en efecto, de "presumir" en su examen del primero, pero no en relación con el hecho de dar el anillo –que rechaza como "signum aequivocum" y de ningún valor salvo allí donde está reconocido por la costumbre–, sino con otros indicios que él mismo concreta. De todos modos, parece que lo único que esos indicios podrían llegar a integrar es una *praesumptio iudicis*.

Veamos ahora qué trae Solórzano Pereira en relación con las encomiendas. Ante todo, esta institución tiene a su favor la "presunción del derecho" que merece todo aquello que

---

96 Por ej., Peña Montenegro, Itinerario, Libro V, Trat. 1: De los privilegios, Secc. 18: Documentos prácticos en cuanto a dispensaciones, n. 6: "no se presume que la facultad de dispensar que el derecho concede sea de otra manera que precediendo conocimiento de causa"; ese conocimiento de causa perfectamente puede ser extrajudicial; Peña Montenegro, Itinerario, Libro III, Trat. 9: Del sacramento del matrimonio, Secc. 3: Si serán válidos los esponsales y matrimonios, cuando los contrayentes callan a las preguntas…, n. 3: "donde hay miedo reverencial, no presume el derecho el consentimiento del contrayente".

97 Peña Montenegro, Itinerario, Libro I, Tract. 1: De la elección y canónica institución del párroco, Secc. 12: Si al que obtuvo colación y presentación del beneficio írrita y nula, porque no supo la lengua…, n. 4; en los nn. 5-6 se restringe lo dicho al supuesto de ser oculto el impedimento que anuló la elección, o sea, el desconocimiento de la lengua.

98 Peña Montenegro, Itinerario, Libro III, Tract. 9: Del sacramento del matrimonio, Secc. 3: Si serán válidos los esponsales y matrimonios, cuando los contrayentes callan a las preguntas…, n. 3; arg. VI.4.2.1 § 2; cfr. VI. *de reg. iur*. 43: *qui tacet, consentire videtur.*

99 Las palabras del padre son "señales del consentimiento que se presume en el hijo".

100 Villarroel, Gobierno Eclesiástico-Pacífico, Tomo I, Quaest. 7: De la grandeza con que se debe exercer el Pontifical, Art. 6: Si el obispo debe celebrar con el anillo, n. 20; en el Tomo II, Quaest. 14: Del poder que tienen los Obispos para ir a la mano a las Audiencias…, Art. 3: Si podrán los Obispos, y Jueces Eclesiásticos… conocer de las causas de personas miserables, n. 61, se cita la opinión de Feliciano de la Vega en el sentido de que los jueces eclesiásticos pueden asumir el conocimiento de las causas de las personas miserables, como eran los indígenas, "ob neglegentiam praesumptam" de los jueces seculares "quae colligitur ex potentia adversarii, qui comissit spolii".

101 Sánchez, Disputationum, Libro I, Disp. 22: Utrum subarratio annuli, sit sufficiens sponsalium, aut matrimonii indicium, nn. 1-7; Libro VI, Disp. 23: Quo tempore donari debeat sponsalicia largitas, nec censetur invalida, etc., n. 10.

"se hace siguiendo ejemplares, y más cuando son abonados" como el de san Gregorio que se cita en el párrafo;[102] en este caso, "presunción del derecho" es sólo una frase de apariencia técnica que refiere un argumento de autoridad. Abundan los documentos –cédulas reales y cartas– de los que se puede "inferir o presumir" que la encomienda no atribuye propiedad o dominio directo sobre los indios y sus tributos;[103] en principio aquí se daría el esquema típico de la presunción: el hecho presunto sería la no adquisición de la propiedad y el indicio del que se infiere serían los documentos; pero el instrumento de la presunción no sirve para fijar de modo general la naturaleza jurídica de una institución como la encomienda, que es de lo que se trata, luego no hay tal presunción sino un razonamiento complejo, anterior a cualquier cuestión de índole procesal y del que la inferencia no es más que un ingrediente.[104] Tampoco el correcto proceder de los virreyes y gobernadores en la provisión de encomiendas es hecho presunto que se pueda o se deba inferir partiendo de indicios, sino un postulado jurídico-político imprescindible; en la frase "por estar siempre la presunción… por los que ocupan tales lugares", el adverbio siempre no indica una *praesumptio iuris* sino la normalidad asentada sobre ese postulado: "como lo dice el derecho, y convenir a la autoridad de [virreyes y gobernadores] y de quien los nombra y a la utilidad pública que así se presuma".[105] Lo mismo se debe decir de este otro caso: del príncipe "siempre se presume haberse movido por justa causa" en los rescriptos que despacha, de ahí que el error o el engaño de los que piden o conceden las encomiendas, excluyendo la justa causa, suponga la falta o la interrupción de su voluntad.[106] La aceptación de una primera encomienda no implica renunciar a otra deferida más tarde "porque nunca estos derechos futuros admiten fácilmente estas presunciones y renunciaciones";[107] del modo en que son usados aquí, la voces presunción y presumir ("mucho menos se ha de querer decir ni presumir…") no son sino recursos léxicos para aludir a la dificultad inherente a la renuncia de derechos futuros,[108] y en cuanto tales recursos, no caben ni siquiera en la ancha categoría del razonamiento presuntivo. Sobre la posibilidad de suceder en la encomienda del cónyuge, aun tratándose de matrimonio putativo, la idea de que "en

---

102 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 3: De la definición de las encomiendas…, n. 17; en nota se cita Cod. Iust. 4.19.7, Cic. *de off*. y Felin. in c. 2 *de praesump*.

103 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 3: De la definición de las encomiendas…, nn. 7-8; cfr. n. 3.

104 Dig. 6.3.1.1, 43.18.1 y 40.7.4.4, citados en nota cum aliis ap. Menoch. lib. 4, *de praesump*. 134, lejos de abonar la tesis de que se trata de una presunción, confirman lo dicho en el texto.

105 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 8: Cómo se deben haber los virreyes y gobernadores en la provisión de encomiendas…, n. 16; la referencia al derecho se concreta en la cita de Dig. 1.11.1.1 y Cod. Iust. 1.45.2 cum aliis apud Menoch. lib. 2, *de praesump*. 67 y 85.

106 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 3: De la definición de las encomiendas…, n. 33; para las presunciones tiene interés el principio de que "la verdad todo lo vence" (cfr. Cod. Iust. 10.37.2, Dig. 1.18.6.1), base de la posibilidad de ir incluso contra las *praesumptiones iuris et de iure*.

107 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 20: De la prohibición de suceder en una encomienda el que tiene otra…, n. 13.

108 Vid. Cuena Boy (2010) págs. 590-591.

caso de duda, siempre habemos de presumir que en el uno y otro intervino la buena fe" es mera expresión de un principio jurídico general.[109]

Las anteriores son expresiones del razonamiento presuntivo en sentido general, pero en Solórzano encontramos también ejemplos de presunción y casos de aplicación de las reglas relativas a su utilización. Los virreyes y gobernadores no deben dar crédito a los memoriales y relaciones de méritos y servicios de los que concurren a pedir encomiendas, sino informarse de la verdad "como quienes están en parte donde todo lo tienen más cerca"; ello en virtud de la regla de que "por más vecinos está por ellos la presunción de que lo tendrán mejor conocido".[110] Cuando constan en cédulas, rescriptos o privilegios muy antiguos y extendidos *de motu proprio* por el príncipe, los méritos y servicios de quienes solicitan las encomiendas tienen a su favor "el transcurso de largo tiempo, que induce y trae consigo presunción de que todo se hizo y probó como convenía";[111] a tenor de los textos que se citan,[112] esa presunción es *iuris tantum*. La posibilidad de reforzar "con razones o conjeturas que lleven color de verdad" la prueba de méritos y servicios igualmente referidos en cédulas reales parece apuntar al brocardo "quae non prosunt singula, cuncta juvant".[113] La presunción regular de que las encomiendas se conceden a petición de parte cede ante la existencia de méritos y servicios previos de los que las obtienen, "porque entonces se presume que éstos movieron más al príncipe a hacer [la merced] que no la petición de parte";[114] la presencia de indicios que permiten presumir la concesión espontánea excluye la presunción de pedimento de parte indicada en primer lugar; se trata, por tanto, de una regla relativa al conflicto entre dos presunciones *iuris tantum*. En contemplación de quién se concedió la encomienda, si del padre o del hijo, es cuestión en la que "se ha de andar por presunciones o conjeturas que se deben sacar de las personas, causas y circunstancias que precedieron a la concesión";[115] lo que vemos aquí es la idea común de *praesumptio iudicis* referida a un problema concreto. Ante la indicación "por si algo les fuere a cargo, o para descargo de mi conciencia" con la que los encomenderos suelen motivar las mandas que dejan a los indios, "se ha de presumir" en caso de duda que el legado

---

109 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 23: Si la ley que llama a las mujeres a la sucesión de las encomiendas de sus maridos a falta de hijos…, n. 41.

110 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 3: De la definición de las encomiendas…, nn. 25-26; la regla en cuestión resulta de X.2.23.7 y 8, Cod. Iust. 5.4.9 y Dig. 1.6.6, a lo que se añade la cita de Menoquio y Mascardo; cfr. Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, n. 198 (pág. 321): "vicinus praesumitur scire, quae acciderunt in vicinia".

111 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 3: De la definición de las encomiendas…, n. 31.

112 Sobre todo Cod. Iust. 8.37.14 y 3.32.19.

113 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 3: De la definición de las encomiendas…, n. 39; "sic probatur benemeritus eo ipso qui non probatur demeritus", dice la glosa *Sine dolo* a X.2.25.13 citada en el n. 40.

114 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 13: Cómo se ha de dividir la encomienda…, n. 32; la base legal de la primera presunción se encuentra principalmente en VI.3.4.23.

115 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 16: Si el padre puede gozar del usufructo de la encomienda que tiene su hijo…, n. 15; como texto mejor cita Dig. 5.2.19: (…) *nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant*.

no supone confesión y satisfacción de deuda precisa y obligatoria, sino que se ha dejado "por causa y obra pía, por Dios y para bien de su alma";[116] aunque la referida motivación admite las dos interpretaciones, en principio se impone aquella "per quam animae magis consulitur", o bien, si se quiere apreciar un conflicto entre dos presunciones, se sigue la regla que prescribe interpretar *in meliorem partem ea facta, quae dubium est quo animo fiant*; sea como fuere, la presunción ha de ser *hominis* o *iudicis*. Por una vez en relación directa y explícita con la prueba en el proceso, "la presunción de que todas las cosas se presumen libres" está contra los poseedores de encomiendas que no exhiben sus títulos;[117] como es evidente se trata de una presunción *iuris tantum*.

Al margen de los indios y las encomiendas, en materia eclesiástica y del real patronato Solórzano señala, siguiendo a Menoquio, que "aun las presunciones que llamamos 'de hecho y 'derecho' ceden a la verdad si ésta se puede probar por deposición de cinco testigos y aun de dos si son fidedignos, y más si con ellos concurren otros indicios y presunciones contrarias";[118] se trata de una valiosa afirmación que concuerda plenamente con la doctrina general de las presunciones. Con ella se conforma asimismo el rechazo de los "leves indicios" y las "livianas sospechas" como base para proceder, los tribunales de la inquisición, contra personas nobles y honestas;[119] y asimismo el recato que deben observar los alcaldes del crimen "en juzgar por indicios y presunciones y raros ejemplos", sobre todo cuando se trata de imponer penas capitales,[120] ya que incluso la presunción violentísima puede no ser verdadera. Por último, de los oficiales de la hacienda real "siempre se presume que si enriquecen es de lo que han usurpado y defraudado de ella", lo que no puede ser sino una *praesumptio iuris tantum* consistente en partir del indicio o hecho probado del enriquecimiento para inferir de él el hecho presunto del fraude, ello en atención a "la gran mano que tienen estos oficiales en la Real Hacienda".[121]

---

116 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 26: De la segunda carga de las encomiendas y encomenderos…, n. 48.

117 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro III, Cap. 30: De los pleitos y despojos de las encomiendas…, n. 25, con la cita de Menoquio y Mascardo; se trata de una de las reglas recoginas por Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Libro II, Tit. 23: De praesumptionibus, n. 199 (pág. 322): "quilibet praesumitur liber, nisi probetur servus; quod et in praediis locum habet", basada en Cod. Iust. 3.34.9 y 10.

118 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro IV, Cap. 10: Si pueden disponer los prelados de las Indias… de las rentas y bienes adquiridos en sus obispados…, n. 39.

119 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro IV, Cap. 24: Del origen, jurisdicción y especialidades de los tribunales de la Santa Inquisición de las Indias…, n. 33.

120 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro V, Cap. 5: De los alcaldes del crimen de las Audiencias de las Indias…, n. 29.

121 Solórzano y Pereira, Política indiana, Libro VI, Cap. 15: De los tesoros, huacas o enterramientos que se hallan en las Indias…, n. 28; avalada por muchos autores entre los cuales Menoquio, esta doctrina se contiene en la glosa 6 a *facultas* en Cod. Iust. 10.1.7 pr.

7. Balance historiográfico

En el momento de ofrecer un pequeño balance historiográfico sobre las presunciones, lo primero que hay que destacar es la falta de toda referencia bibliográfica sobre su presencia y utilización, no ya sólo en el derecho canónico indiano sino en el derecho indiano en su conjunto. De Hevia Bolaños y Solórzano Pereira a Murillo Velarde y Elizondo, tampoco los juristas nos informan de ninguna transformación que aquella institución haya podido experimentar al contacto con las realidades de América y Filipinas. Y lo mismo se constata, por lo que respecta a la legislación, en los terceros Concilios Provinciales Limense y Mexicano, donde apenas hemos podido dar con una referencia al juramento de los indios que puede enlazar con una de las (falsas) presunciones apuntadas por Peña Montenegro.[122]

El estado de cosas descrito se refleja, con toda claridad, en un estudio sobre la formación del derecho procesal indiano en el que su autor, al ocuparse de la prueba, ni siquiera menciona las presunciones.[123] Y así como todo ello ha desaconsejado limitar al derecho canónico el panorama del uso de las presunciones y el razonamiento presuntivo en Indias del apartado precedente, ahora, en el momento del balance historiográfico, se impone la necesidad de referirlo al derecho canónico sin aposición ni determinante geográfico de ninguna clase.

Situando el punto de partida en los años cincuenta del siglo pasado, el itinerario bibliográfico del tema aparece jalonado por cuatro hitos principales constituidos por sendas monografías de Motzenbäcker (1958), Labandeira (1967), Rosoni (1995) y Hubert (2009). El libro de Motzenbäcker es un voluminoso estudio de la *praesumptio iuris* (Rechtsvermutung) en el derecho canónico. Su primera parte, sobre la historia de ese concepto,[124] se articula en tres secciones que cubren respectivamente el derecho romano del *Corpus Iuris Civilis*, las doctrinas de los glosadores (legistas, decretistas y decretalistas) y las de la ciencia jurídica civilista y canonista desde los postglosadores hasta el *Codex Iuris Canonici* de 1917. Siendo muy valiosa y abundante, la información ofrecida en esta obra se circunscribe mayormente a la *praesumptio iuris*, relegando a segundo plano todo lo que no conduce a la elucidación de ese concepto. De todos modos, pese a su limitación temática, la investigación de Motzenbäcker ha ejercido una influencia muy considerable y sigue siendo una referencia inexcusable en cualquier estudio, histórico o dogmático, sobre las presunciones.

No obstante, su corta extensión, de apenas doscientas páginas, el libro de Labandeira acierta a dar una visión bastante completa de las presunciones en derecho canónico. El estudio histórico-jurídico se concentra en el primer capítulo, pero los datos históricos nutren también el discurso, relativamente novedoso, dirigido a delimitar la presunción propiamente dicha –esto es, la presunción-medio de prueba– frente a ciertos fenómenos encuadrados en lo que el propio autor denomina razonamiento presuntivo, como son, entre otros, las ficciones, las presunciones vulgares o impropias y las máximas de experiencia, a lo que aún puede añadirse

[122] Vid. *supra*, nt. 88 y texto correspondiente.
[123] Levaggi (2003), págs. 254-256.
[124] Motezenbäcker (1958), págs. 1-231.

la diferenciación de las presunciones respecto de las normas interpretativas. La influencia del estudio de Labandeira perdura merecidamente hasta la actualidad.

El estudio de Rosoni desborda el tema expuesto en el presente artículo. Si ello no obstante lo incluimos en el balance historiográfico, la razón principal es el amplio capítulo que dedica a la prueba por presunciones,[125] asunto de importancia medular en esta indagación sobre la prueba indiciaria en el proceso penal que abarca desde el Medievo hasta las primeras décadas del siglo XIX. La obra se caracteriza especialmente por el seguimiento de la influencia de las doctrinas filosóficas, lógicas y matemáticas de cada momento histórico en el campo probatorio y, dentro de él, en la consideración de los indicios; en este sentido, ofrece una estimable perspectiva cultural que viene a completar el enfoque histórico-jurídico.

Por último, así como Motzenbäker centró su estudio en la *praesumptio iuris*, Hubert aplica el suyo a las presunciones judiciales permanentes (ständige richterlicher Vermutungen) nacidas de la jurisprudencia reciente de la Rota Romana, a fin de explicar el desarrollo de las mismas y de aclarar su relación con las *praesumptiones hominis* o *iudicis* de los tribunales inferiores. El interés historiográfico de esta obra se concentra en su primera parte dedicada a la *praesumptio hominis*, concretamente en el capítulo inicial. En él se recorre eficazmente la historia de la institución desde sus raíces en la retórica greco-romana hasta la codificación de 1917; como divisiones o etapas intermedias figuran el derecho romano clásico y justinianeo, el *Corpus Iuris Canonici*, los legistas o civilistas y los manualistas. Quien haya leído el segundo apartado de este artículo habrá podido percibir lo mucho que debe al capítulo de Hubert.

Al lado de las publicaciones monográficas cabe recordar las contribuciones de Reggi y Campitelli a la voz "Presunzione" de la Enciclopedia del Dirittto, fechada en 1986; tomadas en conjunto –con el añadido, si se quiere, de la de Scavo Lombardo–, esas contribuciones facilitan en pocas páginas una eficiente introducción general a la historia de las presunciones. Más específicos y muy bien documentados, si bien de menor alcance cronológico, son el trabajo de Gouron (1999) acerca de la teoría de las presunciones en los primeros glosadores y el de Fiori (2009) sobre las clasificaciones de las presunciones elaboradas por la canonística medieval.[126] Para el enfoque histórico, el artículo de Pedrelli (2002) sobre las presunciones judiciales resulta claramente insuficiente,[127] mientras que, en su brevedad, el escrito de Schmoeckel (2016) es muy interesante desde esa misma perspectiva.[128]

---

125 El cap. III de la segunda parte: Rosoni (1995), págs. 97-191.

126 Más allá de su tema concreto, el estudio de Fiori abunda en observaciones que interesan de una manera general al tema de las presunciones; de la misma autora se debe señalar la segunda sección del cap. 14 de su libro sobre el juramento de inocencia en el proceso canónico (*Praesumptio probabilis* e *purgatio.* La genesi della classificazione canonistica delle presunzioni): Fiori (2013), págs. 428-446.

127 No he podido ver la monografía anterior de la misma autora: Pedrelli (1999).

128 El texto de Schmoeckel se plantea a la vez como recensión de Richard H. Helmholz y W. David H. Sellar (eds.), The Law of Presumptions: Essays in Comparative Legal History, Berlin, Duncker & Humblot, 2009.

Bibliografía

Fuentes Primarias del Corpus

Alfonso de Veracruz, Speculum Conivgiorum, Salamanticae, excudebat Andreas à Portonariis S.C. M. Typographus, 1562.

Alonso de la Peña Montenegro, Itinerario para Parochos de Indios, en Madrid, por Ioseph Fernández de Buendía, 1668.

Concilium Limense celebratum anno 1583 sub Gregorio XIII...: iussu catholici regis Hispaniarum atq[ue] Indiarum, Philippi Secundi, Matriti, Ex officina Petri Madrigalis Typographi, 1591.

Gaspar de Villarroel, Gobierno Eclesiástico-Pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio, 2 Vol., Madrid, en la oficina de Antonio Marín, 1738.

Juan de Hevia Bolaños, Curia Philipica, Madrid, Por Ramón Ruiz, de la Imprenta de Ulloa, 1740.

Juan de Solórzano Pereira, Política Indiana, en Madrid, por Diego Díaz de la Carrera, 1647.

Martín de Azpilcueta, Manual de confessores y penitentes, en casa de Andrea de Portonariis, Impresor de S. C. Magestad, Salamanca 1556.

Pedro Murillo Velarde, Cursus Iuris Canonici, Hispani, et Indici, Matriti, ex typographia Emmanuelis Femandez, 1743.

Sanctum prouinciale concilium Mexici celebratum anno dni millessimo quingentessimo octuagessimo quinto, apud Ioannem Ruiz, Excudebatq[ue] Mexici, 1622.

Fuentes Primarias Adicionales

Anacletus Reiffenstuel, Jus Canonicum Universum, 5 tomos, Monachij, Joannis Hermanni à Gelder, 1702-1714.

Andreas Alciatus, Tractatus de praesumptionibus, Lugduni, apud haeredes Iacobi Iuntae, 1551.

Antonius Dadinus Alteserra, De fictionibus iuris tractatus quinque, Parisiis, apud Petrum Lamy, 1659.

Emanuel Gonzalez Tellez, Commentaria perpetua in singulos textus V. librorum decretalium Greg. IX, Lugduni, sumptibus Laurentii Arnaud & Petri Borde, 1673.

Felinus Sandaeus, Super secundi libri Decretalium titulis: de probationibus, de testibus, de testibus cogendis, de fide instrumentorum, de praesumptionibus, Lugduni, Nicolaus de Benedictis et socii, 1499.

Fernando Vázquez de Menchaca, Illustrium controversiarum aliarumque usu frequentium libri sex, in duas partes divisi, Francofurti, sumptibus Joannis Baptistae Schönwetteri, 1668.

Francis Xavier Schmalzgrueber, Jus Ecclesiaticum Universum, 5 tomos, Ingoldstadi, De la Haye, 1711-1718.

Francisco Antonio de Elizondo, Práctica universal forense de los tribunales superiores de España, y de las Indias, 8 tomos, Madrid, por Joaquín Ibarra, 1769-1788.

Jacobus Menochius, De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria, Venetiis, ex officina F. de Franciscis, 1587-1590.

Josephus Mascardus, De probationibus, Francofurti ad Moenum, impensis Sigis. Feyerabendij, 1585-1588.

Martín de Azpilcueta, Comentario resolutorio de… cambios, sobre el principio del capitulo final de usuris, Barcelona, en casa de Claudio Bornat, 1567.

Tancredus Bononiensis, Ordo iudiciarius (1216), ed. Friedrich Christian Bergmann, Pilii, Tancredi, Gratiae Libri de iudiciorum ordine, Göttingen, 1842, reimpr. Aalen, Scientia Verlag, 1965.

Tomás Sánchez, Disputationum de sancto matrimonii sacramento libri decem, Genevae, apud Josephum Pavonem, 1602.

Fuentes Secundarias

Aron, G. (1896), Les présomptions "juris et de jure" et leur origine historique, en: Nouvelle revue historique de droit français et étranger, vol. 20, págs. 500-513.

Campitelli, Adriana (1986), Presunzione (diritto intermedio), en: Enciclopedia del Diritto, vol. 35, Milano, Giuffrè, págs. 260-264.

Cuena Boy, Francisco (2010), Las renuncias de una novicia: comentario de un testamento, en: Guzmán Brito, Alejandro (ed.), El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América. Actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, vol. 2, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 2010, págs. 585-595.

Cuena Boy, Francisco (2017), Prestaciones de la dogmática: algunos ejemplos de Alonso de la Peña Montenegro, en: Duve, Thomas (coord.), Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Berlin 2016, vol. 1, Dykinson, págs. 565-588.

Dellaferrera, Nelson C. (2002), La justicia penal eclesiástica en Córdoba del Tucumán durante el siglo XVIII, en: Barrios Pintado, Feliciano (coord.), Derecho y administración pública en las Indias hispánicas. Actas del XII congreso Internacional de Historia del derecho indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Fiori, Antonia (2009), "Praesumptio violenta" o "iuris et de iure"? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni, en: Condorelli, Orazio et al. (eds.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Band I: Zivil- und Zivilprozessrecht, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, págs. 75-106.

Fiori, Antonia (2013), Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale: storia e disciplina della "purgatio canonica", Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2013.

Gouron, André (1999), Aux racines de la théorie des présomptions, en: Rivista internazionale di diritto commune, vol. 1, págs. 99-109.

Hohmann, Hanns (1999), Presumption in legal argumentation: from antiquity to the middle ages, en: Proceedings of the 3rd *OSSA* Conference on Argumentation, Windsor, University of Windsor, https://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA3/papersandcommentaries/28.

Hubert, Patrick (2009), De praesumptionibus iurisprudentiae. Zur Entwicklung ständiger richterlicher Vermutungen in der neueren Rota-Rechtsprechung und deren Anwendung an untergeordneten Gerichten, Roma, Pontificia Università Gregoriana.

Kaser, Max-Hackl, Karl (1996), Das römische Zivilprozessrecht, 2ª ed., München, C. H. Beck.

Labandeira, Eduardo (1967), Las presunciones en derecho canónico, Pamplona, Rialp.

Levaggi, Abelardo (2003), La formación del derecho procesal indiano y su influencia en los derechos modernos, en: Boletín del Instituto Riva Agüero, vol. 30, págs. 247-263.

Martínez de Morentín Llamas, M. Lourdes (2007), Régimen jurídico de las presunciones, Madrid, Dykinson.

Miguélez Domínguez, Lorenzo (1948), El "favor iuris" en el matrimonio, en: Revista española de derecho canónico, vol. 3, págs. 353-409.

Motzenbäcker, Rudolf (1958), Die Rechtsvermutung im kanonischen Recht, München, Kommissionsverlag Karl Zink.

Novoa, Mauricio (1999), Derecho romano y el indio americano en Solórzano, en: Boletín del Instituto Riva-Agüero, vol. 26, págs. 253-272.

Oesterle, Gerardus (1948), De praesumptionibus in iure matrimoniali, en: Revista española de derecho canónico, vol. 3, págs. 411-455.

Oesterle, Gerardus (1959), De coniecturis in iure canonico, en: Revista española de derecho canónico, vol. 14, págs. 393-430.

Pedrelli, Daniela (1999), Le presunzioni giudiziali (estratto della Tesi), Pontificia Università Lateranense, Roma.

Pedrelli, Daniela (2002), Le presunzioni giudiziali nel diritto canonico. Breve excursus storico dell'istituto della presunzione giudiziale e suo uso nella giurisprudenza rotale, en: Il diritto ecclesiastico, vol. 113/2, págs. 715-730.

Reggi, Roberto (1986), Presunzione (diritto romano), en: Enciclopedia del Diritto, vol. 35, Milano, Giuffrè, págs. 255-260.

Rosoni, Isabella (1995), Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna, Milano, Giuffrè.

Sánchez-Gil, Antonio S. (2006), La presunzione di validità dell'atto giuridico nel diritto canonico, Napoli, Giuffrè.

Scacchetti, Maria Grazia (2002), La presunzione Muciana, Milano, Giuffrè.

Scavo Lombardo, Eugenia (1986), Presunzione (diritto canonico), en: Enciclopedia del Diritto, vol. 35, Milano, Giuffrè, págs. 317-321.

Schmoeckel, Mathias (2016), Hinweise zur Geschichte der Präsumptionen, en: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung, vol. 102, págs. 502-509.

Schröder, Jan (2001), Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule, München, C. H. Beck.